

Sygn. akt KIO/UZP 110 /09

WYROK
z dnia 6 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Jadwigi Polskiej 21, 70-486 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** protestu z dnia **31 grudnia 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: Itella Information Sp. z o.o., BusinessPoint S.A. al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Jadwigi Polskiej 21, 70-486 Szczecin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Jadwigi Polskiej 21, 70-486 Szczecin**;
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Unizeto Technologies S.A. ul. Królowej Jadwigi Polskiej 21, 70-486 Szczecin**.

U z a s a d n i e n i e

W dniu 24.12.2008 r. zamawiający, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, z siedzibą na ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n. **„Drukowanie, kopertowanie i nadawanie do wysyłki faktur oraz materiałów informacyjnych”**.

W dniu 31.12.2008 r. wykonawca, UNIZETO TECHNOLOGIES SA, z siedzibą na ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 SZCZECIN, złożył do zamawiającego protest dotyczący rozstrzygnięcia postępowania.

Protestowano na:

1. czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy -Konsorcjum firm Itella Information Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy al. Krakowskiej 110/114 -zwanej dalej Itella, oraz firmy BusinessPoint SA z siedzibą w Warszawie przy al. Krakowskiej 110/114 -zwanej dalej BusinessPoint; przy czym wykonawca zwany dalej jest Konsorcjum;
2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania;
3. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

4. zaniechanie odrzucenia oferty Inforsys S.A., z siedzibą w Warszawie przy ul. Mazura 18A, - zwanej dalej Inforsys.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia postulatu określonego w pkt 2, protest dotyczył również zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 lit 8 w odniesieniu do konsorcjanta Itella, tj. zaświadczenia Pana Unto K.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2,3 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” oraz przepisu § 2 Rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. nr 87, poz. 605, ze zmianami) Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich Zamawiający może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem”.

Ponadto w odwołaniu zarzucono naruszenie przez zamawiającego art. 14 ust. 2 pkt 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zmianami) - zwanej dalej UZNK

W związku z powyższymi zarzutami wniesiono o:

1. uchylenie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
2. wykluczenie Konsorcjum z postępowania;
3. odrzucenie oferty Konsorcjum;
4. unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Inforsys;
5. unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia gwarancji wadialnej Konsorcjum firm: Centrum Komputerowe ZETO S.A. z siedzibą w Łodzi oraz Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą w Białymstoku;
6. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

W przypadku nieuwzględnienia wniosku o wykluczeniu Konsorcjum i odrzuceniu jego oferty protestujący wniósł o dokonanie czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo

zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w odniesieniu do Pana Unto K.

I.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza oferta Konsorcjum obciążona jest licznymi wadami skutkującymi koniecznością jej odrzucenia. Protestujący podniósł, iż istotą powołania konsorcjum, o którym mowa w art. 23 ustawy, jest współdziałanie podmiotów w celu uzyskania zamówienia i jego realizacji. Jeżeli więc wykonawcy decydują się wspólnie ubiegać o zamówienie, należy uznać, że będą wspólnie je realizować. Wybrane Konsorcjum podało w swojej ofercie, iż 53% zamówienia wykonają podwykonawcy, ale pozostałą część zamówienia zobowiązane są wykonać podmioty wspólnie ubiegający się o zamówienie. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu realizowanie przez członków Konsorcjum wspólnie zamówienia jest niemożliwe. Przesądzają o tym następujące przesłanki:

1.

W oświadczeniu, które Itella złożyła w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, w którym termin otwarcia ofert wyznaczono na dzień 22 września 2008 r., gdzie przedmiotem zamówienia było "Wytworzenie elementów Pakietów wniosków spersonalizowanych dla kampanii roku 2009, 2010, 2011, przygotowanie Pakietów do nadania i doręczenie Pakietów przez Wykonawcę do wskazanych przez zamawiającego placówek Operatora Poczтового", w którym stwierdził, że "(...) W wyniku dokonania przez BusinessPoint SA w dniu 30 kwietnia 2008 roku sprzedaży jej przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ kodeksu cywilnego na rzecz Itella Information Sp. z o.o. uprzejmie informujemy, że w związku z powyższym od dnia 1 maja 2008 roku dotychczasowa działalność BusinessPoint SA prowadzona jest pod firmą Itella Information Sp z o.o. w ramach grupy kapitałowej Itella (...)". Oznacza to, że wszystkie składniki niematerialne i materialne przedsiębiorstwa BusinessPoint zostały przeniesione na inny podmiot. Nie może więc ono posługiwać się żadnym ze składników, które wchodziły w skład zbytego przedsiębiorstwa, bowiem nie posiada już tytułu prawnego do dysponowania nimi. Nie mogą to być w szczególności: potencjał techniczny i ludzki. Także faktycznie BusinessPoint nie posiada możliwości aby jakiegokolwiek prace wykonać.

Protestujący wskazuje, iż zgodnie z art. 75¹ § 2 kodeksu cywilnego zbyte przedsiębiorstwa należącego do osoby wpisanej do rejestru powinno być wpisane do rejestru. W dokumentach rejestrowych prowadzonych przez Krajowy Rejestr Sądowy żadnej ze spółek tego faktu nie ujawniono.

Wyżej wskazane okoliczności uzasadniają wątpliwość co do rzeczywistych transakcji dotyczących zbycia przedsiębiorstwa, dokonywanych przez BusinessPoint i faktycznego statusu tej spółki.

2.

W opinii Protestującego potwierdza to także złożony w ofercie dokument-zaświadczenie wydane przez I Oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie I Inspektorat Warszawa Ochota z siedzibą w Warszawie, który stwierdza, że płatnik BusinessPoint figurował w ewidencji płatników składek w okresie od 13 listopada 1997 roku do dnia 30 kwietnia 2008 roku. Oznacza to, że od dnia 1 maja 2008 roku BusinessPoint nie zatrudnia na umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną (zlecenie lub umowę o dzieło) żadnej osoby. Nie ma więc ten wykonawca fizycznych możliwości uczestniczenia w wykonaniu jakiegokolwiek części przedmiotowego zamówienia. Protestujący podnosi również, iż dołączony dokument o braku zaległości wobec ZUS jest niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bo z treści dokumentu wynika w sposób niezbity, iż BusinessPoint nie posiada od 30 kwietnia 2008 r. żadnych pracowników i współpracowników, co wskazuje, iż samodzielnie od tego czasu nie świadczy żadnych usług.

Powyższe stanowi podstawę do stwierdzenia, iż Konsorcjum podało informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy stanowi przesłankę do wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Protestujący pragnie zwrócić uwagę, że gdyby Konsorcjum przedstawiło w swojej ofercie wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające, iż usługi te wykonane zostały z należytą starannością, z których wynikałoby, że niezbędne doświadczenie zawodowe pozwalające na ubieganie się o przedmiotowe postępowanie wykazał między innymi konsorcjant BusinessPoint, dodatkowo potwierdzałoby, że Konsorcjum poświadczyło nieprawdę, gdyż zgodnie z przedstawionym wyżej oświadczeniem woli, wszelkie składniki materialne i niematerialne zostały przeniesione na inny podmiot. W tym także posiadane doświadczenie zawodowe. Protestujący nie może tego stwierdzić, gdyż część oferty obejmująca ww. dokumenty został utajniony, jednak na Zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia powyższego ze względu na podane przez UNIZETO okoliczności. Zdaniem UNIZETO takie działanie Konsorcjum jest prawdopodobne. W takim przypadku przepis art. 24 ust. 2 pkt Ustawy powinien stanowić również podstawę do wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Zdaniem Protestującego, oznaczałoby to także, iż złożenie oferty w postępowaniu przez Konsorcjum, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w myśl art. 14 ust. 2 pkt 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zmianami) – zwanej dalej UZNK. Posługiwanie się bowiem nieprawdziwymi informacjami o sytuacji gospodarczej stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji. Oświadczenie, iż podmiot gospodarczy posiada doświadczenie zawodowe, w przypadku zbycia przedsiębiorstwa tego w zakresie określonym w art. 55¹ Kodeksu cywilnego, stanowi naruszenie prawa i dobrych obyczajów kupieckich.

Niezależnie od powyższego Protestujący stanął na stanowisku, iż oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty "Szczegółowy opis realizacji zamówienia", który stanowi załącznik nr 1 do formularza oferty zamieszczonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Z treści ww. oświadczenia wynika, że wykonawcy mieli opisać w jaki sposób oferowana usługa będzie wykonywana.

Biorąc pod uwagę przesłankę, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 Ustawy treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy uznać, iż prezentowany przez wykonawców opis stanowi treść oferty. Za takim wnioskowaniem przemawiają także zasady logiki, bowiem przedmiot zamówienia "Drukowanie, kopertowanie nadawanie do wysyłki faktur oraz materiałów informacyjnych" oraz jego opis w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ narzuca wykonawcom określone rygory wykonania zamówienia. Opis oferowanego rozwiązania dedykowanego dla tego, konkretnego zamówienia ma w sposób szczegółowy przedstawić jak zaproponowane rozwiązanie będzie funkcjonować. Dlatego zdaniem Protestującego, "Szczegółowy opis realizacji zamówienia" stanowi treść oferty, i jako taki musi być zgodny z SIWZ.

Tymczasem, zdaniem UNIZETO, "Szczegółowy opis realizacji zamówienia" zawarty w ofercie Konsorcjum zawiera wiele wad, które decydują, że oferta Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ:

1.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt. 4 wymagał wykazania przez Wykonawcę możliwości drukowania i pakowania korespondencji w przypadku wystąpienia awarii podstawowego sprzętu. Konsorcjum wskazało, iż awaria kilku maszyn jednocześnie z racji ich nadmiarowej ilości nie wpływa na przestój produkcji oraz, że sprzęt objęty jest umowami serwisowymi. Wymienione zabezpieczenia nie gwarantują jednak ciągłości produkcji, gdyż całkowity brak zasilania centrum produkcji i zapasowego nie gwarantuje ciągłości działania mimo innych zabezpieczeń. Jest to dowód na to, że treść oferty nie spełnienia warunków SIWZ Wykonawca bowiem nie wykazał, że dysponuje odrębnym źródłem zasilania.

2.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt. 6 wymagał wykazania przez Wykonawcę możliwości technicznych infrastruktury informatycznej w

zakresie przyjmowania danych przesyłanych z PGNIG. Itella załączyła schemat przesyłania i przetwarzania danych a ten zawiera połowiczny opis poszczególnych elementów procesu. Brak opisu czy też podpisania merytorycznych kolejnych etapów procesu uniemożliwia zweryfikowanie spełnienia warunków SIWZ. Jest to rażące naruszenie potwierdzające, że treść oferty nie odpowiada SIWZ.

3.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 7 wymagał podania adresu urzędu pocztowego, w którym nadane zostaną wyprodukowane przesyłki. Definicja pojęcia adres stanowi, iż należy przez to rozumieć zapis stosowany na przesyłkach pocztowych umożliwiający ich dostarczenie adresatom. Każdy adres pocztowy musi zawierać: imię i nazwisko adresata lub nazwę instytucji, miejscowość zamieszkania, położenie w tej miejscowości (ulica, numer budynku, numer mieszkania) oraz kod pocztowy. Konsorcjum w swej ofercie nie podała adresów jednostek operatora pocztowego przez co nie spełniła warunków SIWZ.

4.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 3 wymagał aby Wykonawcy wykazali urządzenia jakie posiadają, przeznaczone do wykonania przedmiotu zamówienia. Konsorcjum nie wykazała żadnego oprogramowania do przetwarzania otrzymywanych plików z danymi do personalizacji, co uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie warunkami SIWZ.

5.

Zamawiający w pkt 1.9 załącznika nr 1 do SIWZ "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" wymagał, aby wykonawcy wdrożyli i stosowali zasady ochrony danych osobowych wymagane zgodnie z art. 36-39 Ustawy z dnia 19 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 roku nr 101, poz. 926, ze zmianami) oraz Rozporządzeniem MSWiA z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. z 2004 r. nr 100, poz. 1024). Jednocześnie we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 3 wymagał aby wykonawcy opisali zasady ochrony danych przesyłanych do Zamawiającego. W swojej ofercie Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek określony w pkt 1.9 załącznika nr 1 do SIWZ "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia". Konsorcjum ograniczyło się do stwierdzenia, że "posiada system Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji" oraz, że posiada "wdrożone są odpowiednie polityki, procedury i standardy bezpieczeństwa". Z powyższych informacji nie można wywnioskować, iż

Konsorcjum spełnia wymogi podane przez Zamawiającego w zakresie ochrony informacji danych osobowych. Oznacza to, że w tym zakresie treść oferty Konsorcjum nie odpowiada SIWZ.

II.

Według protestującego, Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 Ustawy, nakładający na niego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Z uwagi na fakt, iż Konsorcjum, zdaniem Protestującego podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, co zostało wykazane wyżej; zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Zamawiający w takim przypadku z takiego obowiązku zostaje zwolniony. Jednakże, z tzw. ostrożności procesowej w przypadku gdyby wniosek UNIZETO o wykluczenie Konsorcjum i odrzucenie jego oferty, nie został uwzględniony, UNIZETO, wskazuje, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania do uzupełnienia przez Konsorcjum zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 lit 8 w zakresie dotyczącym konsorcjanta Itella, tj. zaświadczenia osoby wchodzącej w skład zarządu spółki Itella -Pana Unto K. Wskazany wyżej obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentu, którego Zamawiający zaniechał, wynika z następujących okoliczności. Konsorcjum swojej ofercie przedłożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego, wskazującą iż Pan Unto K. – osoba wchodząca w skład organu zarządzającego konsorcjanta Itella, nie figuruje w kartotece karnej Krajowego Rejestru Karnego. We wskazanym wyżej dokumencie podano jako adres zamieszkania Pana Unto K. miejsce oznaczone jako "ROVIUVUOREN ŁATU 16 06100 PORVOO FINLAND". Oznacza to, że miejsce zamieszkania Pana Unto K. jest w Finlandii. Wobec faktu, iż pan K. nie zamieszkuje na terenie Polski, zaświadczenie wydane przez polski Krajowy Rejestr Karny nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w rozporządzeniu dotyczącym dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym. Zdaniem Protestującego wskazany wyżej dokument, nie spełnia wymogu określonego w Rozporządzeniu. Krajowy Rejestr Karny jest bowiem źródłem informacji dotyczącym osób zamieszkałych na terenie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, o czym przesądza Rozporządzenie. Tak wniosek należy wysnuć, a contrario, z treści § 2 ust. 1 Rozporządzenia, który przesądza, że w przypadku, gdy miejsce zamieszkania osoby znajduje się poza terytorium RP, wykonawca składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby. Takie rozumowanie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (obecnie Krajowa Izba Odwoławcza),

w wyroku ZA z 17 listopada 2006 roku (sygn. akt ZP/ZO/0-2770/06), w którym stwierdzono: "Analiza § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane prowadzi do wniosku, że osoby będące członkami organów zarządzających, nie będące obywatelami polskimi składają zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby albo, jeżeli w tym kraju nie wydaje się takich dokumentów oświadczenia, o jakich mowa w § 2 ust. 3. Ustawodawca wyraźnie rozróżnia osoby oraz wykonawców, a także kraj pochodzenia osób oraz kraj stanowiący siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawców (...)". Tak więc Konsorcjum zobowiązane było przedstawić w swojej ofercie zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy, wystawione przez odpowiedni organ w Finlandii lub w przypadku, gdyby w Finlandii dokumentów takich nie wystawiano, dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, kraju w którym osoba ma miejsce zamieszkania (§ 2 ust. 3 Rozporządzenia). Przy czym obowiązek sprawdzenia takiego faktu spoczywa na Zamawiającym, o czym stanowi wyrok ZA z 13 kwietnia 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-392/07) "Przedstawienie oświadczenia o niekaralności złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, jest możliwe tylko, gdy w kraju pochodzenia wykonawcy lub jego siedziby właściwy organ sądowy lub administracyjny nie wydaje oświadczeń równoważnych z informacją z Krajowego Rejestru Karnego". Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie dopełnił ustawowego obowiązku wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia określonego w art. 26 ust. 3 Ustawy.

III.

Zamawiający w SIWZ zgodnie z Rozporządzeniem na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, żądał złożenia wraz z ofertą następującego zaświadczenia cyt. „Aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionych

nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.” Złożone przez członka Konsorcjum Wykonawcę BusinessPoint zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w żadnym razie nie może zostać uznane jako potwierdzające, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z cytowanym powyżej wymogiem złożony dokument musi potwierdzać że Wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, ze złożonego zaświadczenia nie wynika, że BusinessPoint nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne społeczne gdyż ZUS potwierdza jedynie że Płatnik składek nie posiada zaległości z tytułu składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych cyt. „na dzień 03.11.2008 r. płatnik nie posiada zaległości z tytułu składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych”. Należy wskazać Zamawiającemu na istotne różnice pomiędzy składką na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne a składką na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych. Składka na ubezpieczenie społeczne w całości wpłacana jest do ZUS, który dokonuje następujących wpłat:

- część składki jest przekazywana do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych
- część składki wpłacana jest na konto Otwartych Funduszy Emerytalnych
- część składki jest przekazywana do Funduszu Rezerw Demograficznych

Podobnie jest ze składką na ubezpieczenie zdrowotne, która również w całości nie trafia na Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych. Biorąc pod uwagę powyższe bezdyskusyjnie należy uznać, że złożone zaświadczenie nie jest zgodne z Rozporządzeniem i wymaganiami Zamawiającego.

W tym miejscu wskazujemy, że zgodnie z komentarzem do ustawy Pzp wydanym pod redakcją Tomasza Czajkowskiego str. 303 cyt. "Z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż w toku tego postępowania Zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny ofert złożonych przez wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny są tylko te oferty, które nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, ani też nie zostały uznane za odrzucone (oferty wykonawców wykluczonych z postępowania – art. 24 ust. 4). Tylko spośród takich ofert Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą", obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum firm Itella i BusinessPoint, z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu alternatywnie złożenie dokumentów z błędami uniemożliwiającymi bezsprzeczne stwierdzenie czy Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy Konsorcjum firm Itella i BusinessPoint jak też odrzucenie oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego

uprawnieniem, z którego może zrezygnować. Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może korzystać z normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy i po raz kolejny wezwać Konsorcjum do uzupełnienia wyżej wskazanego zaświadczenia. Złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą zaświadczenie z ZUS w trakcie oceny ofert zostało zakwestionowane i w dniu 11 grudnia 2008 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Konsorcjum zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W dniu 16.12.2008 r. Konsorcjum zgodziło się z czynnością Zamawiającego dostarczając w odpowiedzi stosowne pismo w którym uznaje, że nie jest zobowiązane do uzupełnienia złożonego zaświadczenia cyt. "Uwzględniając, iż przedmiotowe zaświadczenie potwierdza niezaleganie ze składakami, jest aktualne i zostało wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. BusinessPoint S.A. w pełni spełnia wymagania stawiane wykonawcy przez przepisy prawa i SIWZ." Biorąc pod uwagę obecny stan prawny czynność powtórnego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, (zaświadczenie z ZUS), jako sprzeczna z art. 26 ust. 3 ustawy musiałaby zostać unieważniona. Art. 26 ust. 3 ustawy zezwala jedynie na jednokrotne wezwanie Wykonawcy w jednokrotnie wyznaczonym terminie do uzupełnienia żądanego dokumentu, co stanowi odzwierciedlenie w poniżej podanych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej i opinii piśmiennictwa w tym zakresie.

Każdy wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu i to na Wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia faktu spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu skoro czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zaświadczenia z ZUS została już raz przez Zamawiającego wykonana to bezsprzecznie należy stwierdzić, że Konsorcjum musi zostać wykluczone z niniejszego postępowania. Konsorcjum w pełni zgadza się z czynnościami Zamawiającego, gdyż w żadnym momencie postępowania nie korzystało ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI ustawy.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i opinii doktryny (np. str. 121 Analizy Wyroków Sądów Okręgowych oraz Analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych pod redakcją Agnieszka Kurowska, Mariusz Sarnowski, Grzegorz Wicik, Piotr Sarnowski, przez Urząd Zamówień Publicznych w 2006 r., wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP -99/08, KIO z dnia 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/uzp -319/08, i inne).

IV.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego wykonanej w dniu 11.12.2008 r. dotyczącej poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie złożonej przez

Wykonawcę Inforsys, jako sprzecznej z ustawą. Należy wskazać, że warunkiem poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej jest jej oczywistość, tzn. bezsporność niebudząca wątpliwości. Nie jest możliwe zakwalifikowanie jako oczywistej omyłki pisarskiej określenia w treści złożonej oferty ilości dostarczanych kopert C5 nadawanych listem zwykłym ekonomicznym C5, która to ilość wyznacza zasadniczą treść oświadczenia woli wykonawcy składającego ofertę. Doktryna i orzecznictwo uznaje pod pojęciem "oczywistej omyłki pisarskiej", widoczną mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części. W interesującym nas przypadku nie możemy uznać, że mamy do czynienia zarówno z samą omyłką pisarską, a tym bardziej z tym, że jest to omyłka oczywista. Nie zachodzi, bowiem tu sytuacja związana z błędną pisownią wyrazu, niezamierzonym opuszczeniem wyrazu, czy też z ewidentnym błędem gramatycznym. Mamy, bowiem do czynienia ze złożeniem oświadczenia woli na określony zakres kopert, który nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie można, zatem uznać, że Inforsys popełnił oczywistą omyłkę pisarską zamiast wskazanej *expresis verbis* ilości kopert zaoferował w ofercie ilość inną, spełniającą warunki i wymogi Zamawiającego. Uznanie tego błędu za oczywistą omyłkę pisarską zmieni treść oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych a w szczególności zasadą równości podmiotów i zasadą uczciwej konkurencji.

Protestujący przytoczył wyrok NSA, który uznał, że oczywista omyłka pisarska jest wtedy, kiedy omyłka jest widoczna na pierwszy rzut oka, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń, oraz nie dotyczy merytorycznej (materialnej) strony złożonego oświadczenia woli (oferty). Również zdaniem doktryny omyłkę pisarską traktuje się jako widoczne wbrew zamierzeniu strony, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylną pisownię albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów. W takim ujęciu pojęcia "oczywistej omyłki pisarskiej", nie ma mowy o zakwalifikowaniu złożonego oświadczenia woli wykonawcy zawierającego mniejszą ilość kopert od tej wymaganej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do kategorii oczywistej omyłki pisarskiej. Powyższe stanowisko potwierdza również obecna linia orzecznictwa arbitrażowego oraz sądów okręgowych wskazująca, iż konsekwentnie utrzymuje się dotychczasowa restryktywna interpretacja pojęcia "oczywistej omyłki pisarskiej". Z uwagi na niemożność poprawienia ilości oferowanych kopert oferta złożona przez Wykonawcę Inforsys podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z faktem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

V.

Ponadto wniesiono o unieważnienie czynności wykonanej przez Zamawiającego w dniu 11.12.2008 r. dotyczącej uzupełnienia oryginału gwarancji wadialnej na podstawie art. 26

ust. 3 ustawy w ofercie złożonej przez Konsorcjum firm w składzie: Centrum Komputerowe ZETO S.A., ul. Narutowicza 136, 90-146 Łódź oraz Centrum Informatyki ZETO S.A., 15-048 Białystok. Dokument dotyczący gwarancji wadialnej nie składany wraz z ofertą nie może zostać zaliczony do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy gdyż nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie potwierdza, że oferowane dostawy bądź usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy, skoro gwarancja wadialna nie jest zaliczana do tych dokumentów to czynność Zamawiającego musi zostać unieważniona w tym zakresie. Katalog dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy został wymieniony w Rozporządzeniu przywołanym powyżej.

Brak rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego równoważny z jego oddaleniem, nastąpił wraz upływem terminu na jego rozstrzygnięcie z dniem 13.01.2009 r.

Zamawiający w piśmie z dnia 15.12.2009 r. skierowanym do protestującego przedstawił motywy oddalenia protestu:

W przedmiotowym postępowaniu w toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że członkowie konsorcjum złożyli aktualne oświadczenia i dokumenty o treści nie budzącej wątpliwości, pozwalające potwierdzić wymogi postawione przez zamawiającego w SIWZ zgodnie z art. 22 ust. 1 Ustawy. Zdolność oferentów do wykonania zamówienia Zamawiający stwierdza badając oświadczenia lub dokumenty zamieszczone w ofercie. Do oferty Konsorcjum dołączono wszelkie wymagane Ustawą i przepisami wykonawczymi oświadczenia i dokumenty. W dokumentach tych zawarto min. oświadczenie, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadają zdolność do wykonania zamówienia. Załączone do oferty dokumenty zdaniem Zamawiającego również to potwierdzają. Ponadto to obaj wykonawcy łącznie muszą spełnić postawione warunki, natomiast Protestujący starał się wykazać niezdolność do realizacji zamówienia tylko przez jednego z nich, nie wskazując, że drugi z konsorcjantów jest do tego niezdolny.

3) Zarzut dotyczący złożenia nieprawidłowego zaświadczenia ZUS dotyczącego nieposiadania zaległości przez Business Point SA, w ocenie Zamawiającego również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zaświadczenie o nieposiadaniu zaległości wystawione przez ZUS dotyczy wszystkich funduszy, na które płatnicy składek przekazują składki, czyli Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, Funduszu Ubezpieczeń Zdrowotnych oraz Funduszu Pracy i Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, dlatego jest to zaświadczenie z punktu widzenia Ustawy i aktów wykonawczych wystawione prawidłowo.

4) Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutów dotyczących szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający informuje ponadto, że Konsorcjum Itella Information Sp. z o.o. oraz Business Point S.A. wskazało w swojej ofercie, iż posiada ośrodek zapasowy (Backup Center) uruchamiany w przypadku ogłoszenia sytuacji kryzysowej w głównym centrum produkcyjnym.

W pkt. 7 Załącznika nr 1 do Formularza Ofertowego Zamawiający prosił o wskazanie adresu Urzędu Poczтового, w którym to Wykonawca proponuje nadawanie korespondencji do wysyłki.

Wykonawca w swojej ofercie podał adres Urzędu Poczтового, a ponadto wskazał również alternatywną możliwość nadawania przesyłek do wysyłki, zatem wypełnił obowiązek nałożony SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż przedstawiony przez Konsorcjum Itella Information Sp. z o.o. oraz Business Point SA opis oraz model możliwości technicznych infrastruktury informatycznej w zakresie przyjmowania przesłanych danych przez Wykonawcę, zdaniem Zamawiającego jest wystarczający.

Zamawiający poinformuje, iż Wykonawca zobligowany jest właściwymi przepisami prawa wdrożyć odpowiednie systemy zabezpieczeń gwarantujące bezpieczeństwo przesyłanych danych osobowych oraz terminy realizacji usługi. Zdaniem Zamawiającego przedstawiony w tym przedmiocie przez Konsorcjum Itella Information Sp. z o.o. oraz Business Point SA opis jest wystarczający.

5) Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu dołączenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącego osoby Pana Unto K.

Spółka Itella Information Sp. z o.o. ma siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, dlatego zgodnie z przepisami Ustawy oraz Rozporządzenia organem właściwym dla uzyskiwania informacji o członkach zarządu tej spółki jest Krajowy Rejestr Karny, niezależnie od ich miejsca zamieszkania.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej <http://www.uzp.gov.pl/> oraz wyrok z dnia 5 lutego 2007 Sądu Okręgowego w Gliwicach (Sygn. Akt X Ga 2/07/za oraz X Ga 4/07/za).

6) Zamawiający oddalił zarzut dotyczący poprawy omyłki pisarskiej w ofercie Inforsys SA, ponieważ omyłka ma charakter oczywisty. bowiem polega na wpisaniu w liczbie cyfry „1” zamiast cyfry „2”; Wykonawca podał liczbę „31 167 000”, a zgodnie z SIWZ powinien był wpisać liczbę „32 167 000”, dlatego Zamawiający poprawił tę omyłkę, razem z jej konsekwencjami rachunkowymi.

7) Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu wezwania do uzupełnienia Konsorcjum firm: Centrum Komputerowe ZETO SA oraz Centrum Informatyki ZETO SA, bowiem Protestujący nie ma interesu prawnego do złożenia protestu w tym przedmieciu, gdyż oferta wskazanego Konsorcjum uzyskała w ocenie 76,4 pkt., zaś oferta Protestującego uzyskała pkt. 93,5.

W dniu 23.01.2008 r. Unizeto Technologies S.A. wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu powtórzono wszystkie zarzuty, żądania i argumenty przedstawione w proteście.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i oferty oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez nie wykluczenie z postępowania Konsorcjum: Itella i BusinessPoint w związku z domniemanym podaniem przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Na podstawie treści protestu zrekonstruować można twierdzenie odwołującego, że poświadczenie nieprawdy przez wybranego wykonawcę miało nastąpić przez zadeklarowanie wspólnego ubiegania się i wykonania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, z których jeden (BusinessPoint), nie jest w stanie wykonać jakichkolwiek prac, z powodów, o których poniżej. Ewentualnie przyjąć można, iż odwołujący zarzuca Konsorcjum: Itella i BusinessPoint złożenie fałszywego oświadczenia w przedmiocie dysponowania potencjałem technicznym i ludzkim, co zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy (zgodnie z brzemieniem przepisu obowiązującym przed 24.10.2008 r.) i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków udziału, stanowiło warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż BusinessPoint zbył swoje przedsiębiorstwo w całości na rzecz Itella Sp. z o.o. oraz jak wynika z przedstawionego zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie figuruje w ewidencji płatników składek, z czego ma wynikać, iż nie

dysponuje on żadnym potencjałem technicznym i ludzkim, co zaś oznacza, że nie może być członkiem konsorcjum wspólnie wykonującego zamówienie, a konsorcjum takie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z powodu braków w ww. potencjałach jednego z członków.

Powyższe rozumowanie oparte jest na dwóch fałszywych przesłankach przyjętych przez odwołującego.

Po pierwsze żadne przepisy ustawy nie nakładają na wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jego wspólnego wykonywania, rozumianego nie jako wspólne, formalne zobowiązanie z tytułu przyjęcia zamówienia publicznego, ale faktyczne wykonywanie prac i działań zmierzających do wykonania zobowiązania. W szczególności brak sformułowania takiego obowiązku w art. 23 Pzp, który odnosi się li tylko do wspólnego ubiegania się o zamówienie i ewentualnego obowiązku przedstawienia umowy regulującej zasady współpracy pomiędzy wykonawcami. Nie wynika to również z zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców sformułowanej w art. 141 ustawy, który *de facto* i *de iure* oznacza odpowiedzialność każdego z wykonawców za całość zobowiązania i wynikających z niego obowiązków, czyli również za działania i zaniechania współkonsorcjanta.

Wyrażenie woli wspólnego ubiegania się o zamówienie nie oznacza automatycznej deklaracji faktycznego wykonywania jakichkolwiek prac i czynności w trakcie realizacji zamówienia przez każdego z członków konsorcjum. W ramach swobody umów w pełni dopuszczalne jest takie ułożenie zakresu wzajemnych zadań i obowiązków w ramach konsorcjum, w którym jeden z członków będzie partycypował jedynie w zyskach konsorcjum bez żadnej lub przy niewielkiej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

W szczególności deklaracji takiej nie stanowi opisywany w odwołaniu, a załączony do oferty Konsorcjum „Zakres zamówienia powierzony podwykonawcom”, w którym wskazano jedynie, iż 53% zamówienia wykonają podwykonawcy. Z powyższego wynika tylko, że tak jak do całości zamówienia, tak i do wykonania wszystkich jego części solidarnie zobowiązani będą wykonawcy wspólnie ubiegający się o wykonanie zamówienia, a nie że któryś z nich wykona określoną część zamówienia. Formalnie zobowiązanym do wykonania umowy, może być podmiot, który potencjałem technicznym czy osobowym nie dysponuje.

Po drugie odwołujący błędnie przyjął, iż fakt nie posiadania przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego w chwili ubiegania się o zamówienie oznacza, że stan taki trwał będzie w okresie realizacji umowy – tzn. nie uwzględnił możliwości nabycia przedsiębiorstwa w przyszłości i przystąpienia do wykonywania zamówienia.

Natomiast nie powinno budzić wątpliwości, iż dokonywana na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia ocena potencjału technicznego i osobowego wykonawców

rozmienianych jako warunki udziału w postępowaniu wskazane w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, winna odnosić się do łącznych zasobów wykonawców występujących wspólnie. Tymczasem fakt łącznego wypełniania przez wykonawców Itella i BusinessPoint warunków, o których mowa ww. przepisie nie jest kwestionowany. Ponadto z adekwatnych przepisów nie wynika obowiązek, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie „składał się” na wypełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Dodatkowo należy wskazać, iż zbycie przedsiębiorstwa, o którym mowa w postępowaniu, dokonało się pomiędzy ww. konsorcjantami. Tym samym materialne i niematerialne składniki przedsiębiorstwa (a więc i jego „potencjał”) pozostały w kręgu podmiotów tworzących konsorcjum.

W związku z powyższym w ocenie Izby wybrany wykonawca nie złożył nieprawdziwych informacji w opisywanym zakresie i tym samym nie dopuścił się również zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ust. 2 pkt 4 UZNK, a w konsekwencji brak jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w świetle przedstawionej dokumentacji postępowania, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak wykluczenia Konsorcjum: Itella i BusinessPoint z postępowania w związku – z podnoszonym przez odwołującego – złożeniem wraz z ofertą Konsorcjum nieprawidłowego zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotyczącego zaległości w odprowadzaniu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

W załączeniu do oferty wybrany wykonawca przedstawił zaświadczenie z ZUS wystawione dla BusinessPoint S.A. informujące, iż na dzień 03.11.2008 r. spółka nie ma zaległości z tytułu składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Zdaniem odwołującego powyższa treść zaświadczenia nie potwierdza braku zaległości w odprowadzaniu całości składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż składka wpłacana przez płatnika do ZUS jest przekazywana nie tylko na ww. Fundusze, ale również przekazywana jest do otwartych funduszy emerytalnych i Funduszu Rezerw Demograficznych.

Zgodnie art. 47 ust. 4 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. Z 2007 r. nr 11 poz. 73 z późn. zm.) składki ubezpieczeniowe opłaca się na wskazane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych rachunki bankowe odrębnymi wpłatami, w podziale na:

- 1) ubezpieczenia społeczne;

2) ubezpieczenie zdrowotne;

3) Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Natomiast zgodnie z § 12 ust. 1. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 kwietnia 2008 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania w sprawach rozliczania składek, do których poboru jest zobowiązany Zakład Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. Nr 78, poz. 465), jeżeli wpłata składek na ubezpieczenia społeczne jest niższa od kwoty należnych składek rozliczonych w deklaracji za dany miesiąc kalendarzowy, w pierwszej kolejności rozlicza się ją na pokrycie należnych składek na fundusz emerytalny i na otwarte fundusze emerytalne. Ponadto zgodnie z ust. 2 i 3 cytowanego przepisu, jeżeli wpłata, o której mowa w ust. 1, nie pokrywa w pełni należnych składek na fundusz emerytalny i na otwarte fundusze emerytalne, rozlicza się ją na częściowe pokrycie każdego z tych funduszy, proporcjonalnie do należnych kwot. Pozostała po rozliczeniu, o którym mowa w ust. 1, kwota wpłaty podlega podziałowi i zaliczeniu na pokrycie należnych składek na fundusz rentowy, fundusz chorobowy i fundusz wypadkowy, proporcjonalnie do kwot należnych składek na te fundusze, wynikających z rozliczenia dokonanego w deklaracji za dany miesiąc kalendarzowy.

Jak wynika z wyżej powołanych przepisów w przypadku powstania jakiegokolwiek zaległości w opłacaniu składki na ubezpieczenie zdrowotne Zakład nie wystawiłby zaświadczenia o nie zaleganiu ze składką zaliczaną na którąkolwiek z części FUS lub przekazywaną do otwartych funduszy emerytalnych. Innymi słowy zaświadczenie o braku zaległości z tytułu składek na FUS równoważne jest z brakiem zaległości w stosunku do OFE. Ponadto w świetle pozostałych przepisów ww. ustawy, brak jest podstaw do przyjęcia, iż niedobory wpłat na Fundusz Rezerwy Demograficznej mogłyby powstać w przypadku jednoczesnego braku zaległości w składce na FUS.

W kwestii domniemanych wad zaświadczenia ZUS w przedmiocie potwierdzenia odprowadzenia składki na ubezpieczenia zdrowotne, Izba stoi na stanowisku, iż Zakład Ubezpieczeń Społecznych jako organ publiczny właściwy w ww. sprawach, potwierdza w sposób rzetelny i zupełny informacje znajdujące się w jego gestii i posiadaniu. Natomiast klienci Zakładu nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnie nieprawidłowo użytych przez wystawcę zaświadczeń zwrotów czy wyrażień.

Izba przyznaje, iż w przedmiotowym zaświadczeniu pojawiło się sformułowanie „Fundusz Ubezpieczeń Zdrowotnych” występujące jedynie w nieobowiązujących już przepisach. Jednakże w ocenie Izby użyte w określonym kontekście – w zaświadczeniu wystawianym przez określony podmiot na wniosek zainteresowanego klienta – wyrażenie to może oznaczać jedynie potwierdzenie faktu nie zlegania przez BusinessPoint ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez brak załączenia do oferty zaświadczenia w zakresie informacji wymaganych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy wystawionego dla Pana Unto K., członka organu zarządzającego Itella Information Sp. z o.o., w kraju jego zamieszkania, tj. w Finlandii, Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego do odwołania wyrażone odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie i przystąpieniu do odwołania, że § 2 rozporządzenia odnosi się do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP. Wykonawcy, których siedziba znajduje się w Polsce składają ww. dokument zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, i nic innego, wbrew twierdzeniom odwołującego, z przepisów § 2 tego rozporządzenia *a contrario* wywnioskować się nie da. Odnośnie członków zarządu Itella, spółki zarejestrowanej w Polsce, składa się więc dokumenty wystawione przez Krajowy Rejestr Karny, co w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło.

Wobec braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, uznać należy, iż zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W przedmiocie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo podnoszonej przez odwołującego niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z ustalonym orzecznictwem Izby wskazywanym w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego, przesłanki odrzucenia oferty powinny być interpretowane ściśle, tzn. podstawą odrzucenia winna być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, a nie ocenny i niedookreślony stopień „odpowiadania” oferty wymogom siwz.

Ponadto w ocenie Izby zasadniczą „treść” oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, natomiast wszystkie dodatkowe informacje podawane w ofercie stanowią uzupełnienie, uszczegółowienie i dookreślenie powyższego i jako takie powinny być interpretowane w uzgodnieniu z założeniem, że wykonawca oferuje i dąży do wykonania wymaganego zamówienia. Treść oferty może zostać uznana za niezgodną z treścią siwz dopiero gdy ww. informacje dookreślające oświadczenie woli stoją w wyraźnej sprzeczności do wymagań zamawiającego co do przedmiotu i sposobu wykonania zamówienia.

Izba w obecnym składzie uznaje, iż za kryterium zgodności bądź nie zgodności oferty z treścią siwz, nie może zostać uznany stopień szczegółowości zawartych w ofercie informacji. Samo brzmienie tytułu Załącznika nr 1 do oferty wymaganego w siwz, tj. „Szczegółowy opis

realizacji zamówienia” nie ma żadnego znaczenia normatywnego i w żaden sposób nie przesądza o jego treści, czy nawet o wymaganym stopniu uszczegółowienia tej treści. Natomiast konkretne wymagania co do merytorycznej zawartości ww. załącznika zostały sformułowane przez zamawiającego w punktach w tym załączniku zawartych.

I tak w punkcie 4 wzoru "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" zamawiający wymagał opisanego przez wykonawcę posiadanych przez niego możliwości drukowania i pakowania korespondencji w przypadku wystąpienia awarii podstawowego sprzętu.

Wybrany wykonawca w ofercie opisał własne możliwości drukowania i pakowania korespondencji w przypadku awarii sprzętu czym spełnił wymogi siwz, co do zakresu informacji zawartych w ofercie. Zakładanie wymaganego stopnia rozwiązań wynikających z opisu, oraz ocena ich wartości dokonywana przez odwołującego w kontekście hipotetycznych zagrożeń, nie ma oparcia w postanowieniach siwz oraz w żadnych obiektywnych kryteriach oceny powyższego. Tymczasem ocena rozwiązań przedstawionych przez Konsorcjum stosowana przez odwołującego polegała właśnie na podaniu przykładu zagrożenia i stwierdzeniu, iż w tego typu sytuacjach zabezpieczenia zaproponowane przez Konsorcjum jest niewystarczające. Powyższy schemat dowodzenia da się zastosować do jakichkolwiek zabezpieczeń i systemów, co do których zawsze można przedstawić hipotetyczną, i chociaż mało prawdopodobną lecz możliwą katastrofę czy klęskę, w przypadku wystąpienia której, zaproponowane zabezpieczenia staną się nieadekwatne.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 6 wymagał wykazania przez Wykonawcę możliwości technicznych infrastruktury informatycznej w zakresie przyjmowania danych przesyłanych z PGNiG. Konsorcjum załączyło schemat przesyłania i przetwarzania danych. Odwołujący tymczasem podnosi zbyt małą szczegółowość tego typu opisu oraz brak uwzględnienia kolejnych etapów przesyłania danych, m.in. przesyłania plików PDF do zamawiającego.

W ocenie Izby tak sformułowane wymagania, co do zakresu informacji zawartych w załączniku w tym punkcie dotyczyły jedynie przyjmowania danych przesyłania z PGNiG i tym samym informacje te mogły i miały służyć jedynie weryfikacji procesu przesyłania danych od zamawiającego, a nie innych etapów procesu, np. wysyłania danych przez wykonawcę.

Do oceny wystarczającego stopnia uszczegółowienia wymaganych informacji należy odnieść stanowisko Izby wyrażone powyżej.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 7 wymagał podania adresu urzędu pocztowego, w którym nadane zostaną wyprodukowane przesyłki. Wybrany wykonawca w pkt 7 „Szczegółowego opisu...” wskazał na: „centralny węzeł Poczty Polskiej WER (Węzeł Ekspedycyjno-Rozdzielczy) na ulicy Łęczyny”. W opinii odwołującego

brak wszystkich elementów składających się na adres pocztowy (kod pocztowy, numer mieszkania/domu... etc.) przesądza o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

W opinii Izby, dane podane przez Konsorcjum Itella i BusinessPoint wystarczająco określają lokalizację placówki pocztowej i umożliwiają jej identyfikację, a numer lokalu czy kod pocztowy trudno uznać za istotny element treści oferty.

Zamawiający we wzorze "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia" w pkt 3 wymagał wykazania urządzeń jakie posiada wykonawca wraz z ich opisem technicznym, opisem funkcjonalnym i specyfikacją procesów wydajności. Według odwołującego o niezgodności oferty z siwz w tym zakresie przesądza brak podania oprogramowania zastosowanego w urządzeniach wykazanych przez Konsorcjum.

W opinii Izby w tabeli zamieszczonej w „Szczegółowym opisie realizacji zamówienia” załączonym do oferty Konsorcjum wskazano wymagane urządzenia – w siwz nie wymagano wykazania posiadanego oprogramowania.

W związku z faktem, iż w pkt 1.9 załącznika nr 1 do SIWZ "Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" zamawiający wymagał, aby wykonawcy wdrożyli i stosowali zasady ochrony danych osobowych wymagane zgodnie z art. 36-39 ustawy z dnia 19 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 roku nr 101, poz. 926, ze zmianami) oraz Rozporządzeniem z dnia 29 kwietnia 2004 roku MSWiA w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. nr 100, poz. 1024), odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wykazało w ofercie, konkretnie w pkt 3 "Szczegółowego opisu realizacji zamówienia", iż spełnia ww. warunek.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zamawiający wymagał zamieszczenia w ww. załączniku do oferty, opisu zasad ochrony danych przesyłanych do zamawiającego. W tym punkcie siwz nie ma mowy o opisie „wdrożenia i stosowania ochrony danych osobowych” zgodnie z art. 36-39a ustawy o ochronie danych osobowych i przepisami wykonawczymi do tej ustawy.

Oczywiście ochrona jakichkolwiek danych w szczególności dotyczy również ochrony danych osobowych. Jednakże cytowany wyżej opis przedmiotu zamówienia oraz jasne sformułowania § 3 lit. c wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do siwz stanowią, że wykonawca będzie zobowiązany od ochrony danych osobowych zgodnie ze wskazanymi przepisami oraz oznaczają, że wykonawca składając ofertę powyższe zaakceptował i zadeklarował. W żadnym punkcie siwz nie wymaga się, aby wykonawca w jakikolwiek sposób wykazywał i udowadniał zgodność stosowanych rozwiązań w odniesieniu do

powoływanych przepisów, np. poprzez dokładne wyliczanie i cytowanie wskazywanych w przepisach dokumentów.

Wobec powyższego przyjąć należy, iż zaproponowany przez Konsorcjum opis ochrony danych przekazywanych do zamawiającego i sformułowane w nim deklaracje są w świetle postanowień siwz wystarczające, a stosowane przez wykonawcę zabezpieczenia odnoszą się również do ochrony danych osobowych i jako takie muszą być zgodne z wymogami bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

W związku z powyższym Izba nie wzięła pod uwagę dowodu z przedstawionych przez odwołującego na rozprawie wytycznych Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dotyczących sposobu wdrażania zasad i polityk ochrony danych osobowych, jako nie mającego znaczenia w sprawie, tj. potwierdzającego okoliczności, które nie miały znaczenia dla podjętego rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku czynnościami zamawiającego dotyczącymi Konsorcjum: Centrum Komputerowe ZETO S.A i Centrum Informatyki ZETO S.A oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z czynnościami dotyczącymi oferty Inforsys S.A., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż w związku z zapadłym rozstrzygnięciem, nie miały, i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania i w związku z art. 191 ust. 1a ustawy podlegają oddaleniu – oferty ww. wykonawców są ofertami ocenionymi niżej niż oferta odwołującego, a najkorzystniejsza oferta Konsorcjum: Italia i BusinessPoint pozostaje w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....